مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شمارهٔ پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹٤، ص۱۰۸- ۸۹

جستاری در روش‌شناسی حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه* از دیدگاه امام خمینی

مجید رضا شیخی نصرآبادی[۱]
دانشجوی دکتری فقه خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی
Email: m.r.sheykhi@razavi.ac.ir
محمد مهدی یزدانی
عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی

چکیده

چگونگی برخورد نهی تحریمی به پیکر معاملات، معمای دشوار مکاسب محرمه است، برخی آن را چون نسیمی پاییزی قلمداد می‌کنند؛ که رونق بازار این معاملات را خزان کند، برخی دیگر، برخورد نهی تحریمی با معامله را چون برخورد دو ماده‌ی شیمیایی دانند که با ماده دیگر آمیخته گردد و ماده سومی پدید آید و برخی نیز این برخورد را بسان بمبی دانسته که به بن بنایی برخورده و یکسره آن را در هم ریزد و اجزایش را متلاشی کند. روش‌شناسیِ شناساییِ حرمتِ معاملاتِ ناروا، گامی نخست و کلیدی در مطالعه مکاسب محرمه است و از جمله آن، شناخت موضوعِ حرمتِ معاملات ممنوعه است. از یک سو فقیهان بر این باورند که؛ اعمال حقوقی ممنوعه‌ای، بسان معامله شراب، داد و ستد ربوی، باطل است و انتقال ملکیت تحقق نیافته است؛ از سوی دگر؛ اغلب فقها بر این باورند که حرمت تکلیفی اینگونه اعمال حقوقی، حرمتی خاص و مستقل است، گرهگاه مسأله اینست که؛ مشخص نیست معامله‌ای که باطل است و در حقیقت رخ نداده، کجای آن حرام است؟ به‌ویژه با علم به اینکه به باور برخی صِرف بده و بستان خالی، فاقد حرمت تکلیفی است. در این نگاشته در پی طرح دیدگاه فقیهان و نقد و تحلیل آن‌ها، در مجالی به گردآوری اعمال حقوقی منهی‌عنه پرداخته وسعی بر آنست که روش شناسی صحیح، شناسایی حرمت استقلالی و غیر استقلالی با تکیه به آیات قرآن استخراج گردد.

کلیدواژه‌ها: معاملات حرام، حکم وضعی، نهی تحریمی، فساد معامله.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۲/۱۲/۲۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۰۸/۰۳.
[۱]. نویسنده مسئول

مقدمه

با طلوع اسلام، چهره بازار مسلمین، واژگـون گشـت و رنـگ و بـویی بـدیع و نـو یافـت. آرمان‌ها و ارزش‌های انسانی در دامن اولین سبک فقهی، یعنی فقـه روایـی بالیـده و مصـلحت اندیشی‌های روزگار در قالب موجه و عقلائی عرضه گردید. دنبالـه‌روی قـانون‌گـذار اسـلام از مصالح جامعه، ایجاب کرد که بازار مسلمین از برخی معاملات رایج در جوامـع غیـر اسـلامی، پاک گردد و به همین جهت گونه‌هایی از معاملات همچون ربا، خرید و فروش سـگ، خـوک، مسکرات، قمار و حتی اموری که امنیت جانی، روانی و اقتصادی مجتمع مسلمین را به مخاطره می‌اندازد، چون تقویت و فروش تسلیحات نظامی به دشمنان دین، حرمت شرعی یابد.

تحریر نزاع را با عبارتی از لمعه آغاز می‌کنیم؛ شهید در کتاب لمعه این تجارت‌هـا را حـرام دانسته است؛ «فَالْمُحَرَّمُ: اْلْأَعْيانُ النَّجِسَةُ، كالْخَمْرِ وَ النَّبيذِ وَ الْفُقَّاعِ وَ الْمَائعِ النَّجِس ...الْميتَة وَ الدَّمِ وَ أَرْوَاث وَ أَبْوَال غَير الْمَأْكول وَ الْخنْزير وَ الْكلْب ...آلَاتُ اللَّهْو وَ الصَّنَمُ وَ الصَّلِيبُ وَ آلَاتُ الْقمَار وَ..... بَيعُ السِّلَاح لأعْدَاء الدِّين وَ إجَارَةُ الْمَسَاكن وَ الْحَمُولَة للمُحَرَّم وَ بَيعُ الْعنَب وَ التَّمْـر ليعْمَـلَ مُسْكراً وَ الْخَشَب ليعْمَلَ صَنَماً وَ يكرَهُ بَيعُهُ لمَنْ يعْمَلُهُ» (اللمعة الدمشقية، ۱۰۳). عبـارات کتـب قدما و متاخران در مورد ردیف نمودن، مشاغل و حرفه‌های حرام، معمولا اینگونه آغاز می‌شود (طوسی، المبسوط، ۲/ ۱٦٥– ۱٦٦؛ حلبی، غنیـة النـزوع، ۲۲٤؛ حلّـی، السـرائر، ۲/ ۳۲۸–۳۲۷ حلّی، مختلف الشیعة، ٥/ ٦).

برخی فقیهان، حرمت تکلیفی این گونه معـاملات مثـل ربـا را خدشـه ناپـذیر دانسـته‌انـد. (منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمه، ۱/ ۱٦٦)، ولی اخـتلاف و تردیـد در متعلـق حکـم حرمت است. بحث اصلی بر سر آن است که در اعمال حقوقی ممنوعه، نوک تیز پیکان حرمت، کجاست؟ مساله از آن جهت دشوار است کـه بـدانیم اینگونـه معـاملات، مطـابق نظـر مشـهور فقیهان، از اساس باطل است و گویا معامله رخ نداده اسـت (شـهید اول، القواعـد و الفوائـد، ۱/ ۳٦٤؛ نراقی، مستند الشیعة، ۱٤/ ٦۲؛ مجاهد طباطبایی، کتـاب المناهـل، ۲۷۲؛ کاشـف الغطـاء، تحریر المجلة، ۱/ ۱۷۰؛ خمینی، المکاسـب المحرمـة، ۱/ ۱۲۱). از سـویی روشـن اسـت؛ کـه صرف داد و ستد کالا به دیگری، زمانی که هیچ رابطه حقوقی صورت نپذیرفته اسـت، حرمـت شرعی ندارد و ادله بر روی عنوان معامله رفته است. اینجاسـت؛ کـه مسـأله چـالش برانگیـز و حالتی معما گونه می‌یابد. به این خاطر موضوع حرمت معاملات، بین فقها، چـالش انگیـز شـده است و از مشکلات فقه می‌باشد تا جایی که فقیهی چون امام خمینی، در حرمت استقلالی ایـن

معاملات، با وجود نصوص فـراوان، بـا تردیـد و تامـل نگریسـته اسـت. (خمینـی، المکاسـب المحرمة، ۱/ ٥، ثمّ إنّ المحرّم علی فرض ثبوته).

در رتبه قبل از این مبحث، مسأله دیگری مطرح می‌گردد؛ که سرنوشـت آن پیونـد نزدیکـی با این مبحث دارد و آن نوع نگاه و زاویه دید، به این مسأله است که نحوه برخورد و رویارویی در شناسایی معاملات ممنوعه را برای فقیه شکل می‌دهـد؛ بـه تعبیـر مـدرن روش شناسـی یـا متدلوژی مدخل مکاسب محرمه، در تشخیص حرمت استقلالی از حرمـت غیـری اسـت. ایـن مبحث، اهمیتی فوق العاده و بسـزا در درک حرمـت معـاملات ممنوعـه و اسـتنباط در مسـائل مستحدثه دارد.

در مورد پیشینه، نخستین جرقه موضوع حرمت اعمال حقوقی را شـیخ انصـاری زده اسـت (انصاری، مکاسب، ۱/ ۱۳). پس از او، آتش این جرقه، دامن حاشیه پردازان مکاسب را گرفتـه اسـت و در دوران معاصـر نیـز بـیش از همـه، بروجـردی، امـام خمینـی و خـویی و برخـی شاگردانشان، بحث را بسط و گسترش داده‌اند. این مساله، علارغم سـهولت در وهلـه نخسـت، نیازمند تبحر و دقت کافی است. کوشش نگارنده برآنست کـه در خـلال تبیـین مبـانی مسـئله، زوایای بحث با زینت قرآن آراسـته گشـته و مـواردی از ایـن سـنخ معـاملات در قـرآن کـریم گرداوری گردد و جایگاه روشی روش شناسی این مبحث در مکاسب محرمه روشن گردد.

معنا و مفهوم حکم تکلیفی و وضعی

حکم از ماده حَکَمَ، آهنی را گویند؛ که در دهنـه اسـب نهنـد و زمـامش را بدسـت گیرنـد. (خلیل بن احمد، کتاب العین، ۳/ ٦٧، احمد بن فارس، معجم مقائیس اللغة، ۲/ ۹۱؛ صاحب بن عباد، المحیط فی اللغة، ۲/ ۳۸۷؛ طریحی، مجمع البحرین، ٦/ ٤٥)، ریشه حَکَمَ بـه معنـای منـع است (همان). از آنجا که نظام حقوقی ایجاب می‌کند، ادبیـات آن، صـرفا دسـتوری یـا موعظـه گرانه نباشد و اوضاع مرتبط با موضوع در ساختاری نرم‌تر، با فاصله از بایـدها و نبایـدها ارائـه گردد، وضعیت‌هایی ترسیم گشته که خود مایه استاندارد سازی شـکلی وکنتـرل نظـام حقـوقی فردی و اجتماعی است و فقیهان نام این مقرره شارع را، حکم وضعی، می‌نهند.

حرمت استقلالی معاملات ناروا

پرسش اینکه؛ آیا با حرمت عین کالا، قهرا معامله آن نیز حرام می‌گردد؟ برخی فقها بـر ایـن

باورند؛ از آن جمله شیخ طوسی است. گویی قاعده فقهی ایشان اینست؛ که: «کلّ شیء حرمة اللّه تعالی و زهّد فیه، فلا یجوز التکسّب به و لا التصرّف فیه علی حال». (طوسی، النهایة، ٣٦٣). این فقیهان راه و روشی آسان پیش رو دارند، به محض اینکه پی برند؛ که چیزی حرام است؛ حکم معامله حرمت است. در حقیقت به ملازمه بین حرمت شرب، نجاست و ... با حرمت معامله آن شیء قائل‌اند. به این خاطر، بعد از این عبارت؛ شیخ طوسی، هر آنچه که از جهتی حرام است؛ با ذکر موارد، مصداق مبادله حرام دانسته است. برای مثال، حکم خوردن خون، حرمت است، قهرا معامله آن نیز، حرام است. نظر علامه حلی در معامله خون چنین است. (نهایة الإحکام، ٢/ ٤٦٣). این شیوه استنباط، زاییده دلایلی چند است. اول اینکه؛ آیات و روایات، دال بر تحریم شیء، در جمیع منافع است. برای مثال محقق نراقی با استناد به آیه شریفه «یا أَیهَا الَّذینَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَیسرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّیطانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّکمْ تُفْلِحُونَ» (المائدة: ٩٠) تمام انحاء تصرف در کلیه مسکرات مایع اعم از نگه داری، تصرف فیزیکی و حقوقی را حرام دانسته است (نراقی، مستند الشیعة، ١٤/ ٦٢). دوم اینکه؛ پررنگ نبودن تمایز، حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان، سوم اینکه؛ وحدت سیاق نواهی روایات در بیان حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان، چهارم اینکه؛ روایاتی چون «ان الله اذا حرم شیئا حرم ثمنه» (ابن ادریس، السرائر، ٢/ ٤٤؛ نجفی، جواهر الکلام، ٢٢/ ١١؛ اصفهانی، ٢/ ٤٤٢) و ادله دیگر؛ پنجم بساطت فقه و نادیده انگاری مبانی اصولی.

سبک برخی فقیهان متأخر و معاصر، با سبک قدمای فقه شیعه، اندکی متفاوت است. به باور این فقیهان حرمت معامله، نیازمند دلیلی غیر از دلیل حرمت کالا است، مشخصه‌های این سبک استنباطی این است که اولا: موارد استعمال حلیت و حرمت در نصوص دینی، حکم وضعی را نیز پوشش می‌دهد. (کلینی، کافی، ٣/ ٣٩٩)، ثانیا آیات و روایات به قرینه تناسب حکم وموضوع تنها از جهت خاص خود، حرام است و نه از جمیع جهات. ثالثا روایات ملازمه بین حرمت شیء و حرمت معامله آن از جهت سند یا دلالت مخدوش است (شیرازی، حاشیة المکاسب، ١/ ٥؛ منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمه، ١/ ١٤٤). مجتهد در این سبک تمام گونه‌های معامله را، جداگانه وارسی می‌کند تا ببینند که آیا معامله این کالا نیز در ادله دیگر حرام است یا خیر. ای بسا اصلا عین مورد معامله، حرمتی نداشته است، اما معامله حرام است. مثل بیع ربوی و ای بسا کالای مورد معامله حرمت دارد؛ اما خرید وفروش آن اقلام، فاقد حرمت تکلیفی و حرمت وضعی است. مثل نجاسات. به نظر نگارنده سبک دوم از استحکام

بیش‌تری برخوردار است.

از منظر شریعت اسلام، برخی گونه‌های معامله، ممنوع و نارواست؛ مانند معامله ربوی، کـم فروشی، معاملاتی که اکل مال به باطل است [بسان اجاره بر واجبات]، خرید و فروش کالاهایی که پلیدی ظاهری یا باطنی دارد. [خمر و خوک و سگ]، معاملاتی که اعانـه بـر اثـم و عـدوان است. [فروش اطلاعات، خدمات و تسلیحات نظامی به دول متخاصـم]، معاملـه در جـایی کـه اجتناب از آن از باب دفع منکر لازم است. [فروختن انگور به کسی کـه قصـد شـراب سـاختن دارد].[1]؛ معامله غرری، معامله به قصد تلقی رکبان، معاملاتی که عـلاوه بـر شـرع، قـانون‌گـذار اسلامی نیز منع نموده است. مثل فروش مواد مخدر، مبادله کالای قاچاق، پولشـویی، اخـتلاس، ارتشاء.

حرمت استقلالی حرمتی است؛ که پیکر و ذات عمل حقـوقی، نـاروا و نامشـروع اسـت؛ و دلیلی افزون بر عمومات نهی از تصرف در مال دیگری می‌طلبد. بـرای مثـال در بـاب ربـا، آیـه شریفه می‌فرماید: «حال اگر (رها) نکردید، باید بدانید که در حقیقـت اعـلان جنـگ بـا خـدا و رسول کرده‌اید و اگر توبه کنید؛ اصل سرمایه‌تان حلال است، نه ظلم کرده‌اید و نه به شما ظلمی شده است»، (البقرة: ۲۷۹). ابو بصیر گوید: امام صادق علیه السّلام فرمود: گرفتن یک درهم ربا، در نزد خداوند عزیز، گناهش سخت‌تر است؛ از سی بار زنا که همه بـا محـارم،ماننـد خالـه و عمّه صورت گیرد (صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۳/ ۲۷٤).

تعابیر عتاب آلود، وعده‌های سـخت، سـهمگین و فزاینـده عـذاب و پیامـدهای سـنگین و شکننده‌ای؛ چون «جنگ با خدا و رسول» و «زنای با محارم در کنار خانـه خـدا» در بـاب ربـا، گویای حرمتی، فراتر از تصرف در مال غیر است، نام اینگونه حرام، حرمت استقلالی است.

مثال دیگر آن حرمت خرید و فروش شراب است. از حسین بن زید، نقل شـده اسـت کـه امام باقر علیه السلام از رسول خدا صلی الله علیه و آلـه نقـل فرمـوده‌انـد: «لَعَـنَ اللَّـهُ الْخَمْـرَ وَ غَارِسَهَا وَ عَاصِرَهَا وَ شَارِبَهَا وَ ساقیها وَ بَائِعَهَا وَ مشتریها وَ آکلَ ثمنها وَ حاملها وَ الْمَحْمُولَةَ إِلَیه» خداوند شراب و نشاننده [درخت] آن و سـازنده و نوشـنده و سـاقی و فروشـنده و خریـدار و

---

[1]- «وَ لا تَأْکلُوا أَمْوالَکمْ بَینَکمْ بِالْباطِلِ» (البقرة: ۱۸۸)؛ «لا تَعاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ وَ الْعُدْوان» (سوره المائدة: ۲)؛ «فَاسْعَوْا إِلی ذکر اللَّـه وَ ذَرُوا الْبَیع» (الجمعة: ۹)؛ «و إِنَّمَا الْبَیعُ مِثْلُ الرِّبا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا» (البقرة: ۲۷۵)؛ «وَیلٌ لِلْمُطَفِّفِینَ الَّـذِینَ إِذَا اکتـالُوا عَلَی النَّاسِ یسْتَوْفُونَ وَ إِذا کالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ یخْسِرُون» (المطففین: ۱ – ۲)؛ «فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّـه وَ رَسُـوله وَ إِنْ تُبْتُمْ فَلَکمْ رُؤُسُ أَمْوالَکمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ» (البقرة: ۲۷۹ ـ ۲۸۱)؛ «لعنَ اللّه الخمر و شاربها و ساقیها و بائعها و مبتاعها و عاصرها و معتصرها و حاملها و المحمولة إلیه» و فقد جاء فی الحدیث: «لعن اللّه الربا و آکلـه و بائعـه و مشـتریه و کاتبـه و الشاهد علیه».

خورنده ثمن آن و حمل کننده و حمل شده به سویش را لعنت کند (من لا یحضـره الفقیـه، ٤/ ٨؛ عاملی، وسائل الشیعة، ٢٥/ ٣٧٦)؛ بنابراین تا اینجا مشخص گشت؛ که برخی معاملات حرام دارای حرمت ویژه و استقلالی است و نزاع در موضوع معاملات ممنوعه، در اینگونه حرمت‌هـا است. به منظور تنقیح محل بحث، ناچاریم قدری به موضوع نهی از اعمال حقوقی و گونه‌هـای آن بپردازیم.

نهی از اعمال حقوقی، اقتضای فساد

نخستین پرسش اینکه، آیا نواهی مذکور بر حرمت تکلیفی دلالت دارد، یا وضعی یا هر دو؟ به عبارتی دیگر آیا نهی مولوی است و تنها بر حرمت تکلیفی دلالت دارد، یا ارشـادی اسـت و گویا معامله اصلاً شکل نگرفته است؟ و یا در فرض سوم، قائل شویم؛ کـه مولـوی اسـت و در عین مولوی بودن، ارشاد به فساد نیز دارد؟

شیخ طوسی آورده است؛ که معامله انگور با علم به قصد مشتری برای ساختن شراب حرام است، اما معامله، باطل نیست؛ زیرا از پیامبر اکرم صـلی الله علیـه و آلـه نقـل شـده اسـت؛ کـه فروشنده شراب را لعن نموده است و این حکم هر آنچه است که کسی بفروشد و می‌داند که با آن معصیت خدا می‌گردد (طوسی، المبسوط، ٢/ ١٣٨). ابـن ادریـس نیـز ایـن نظـر را سـخنی مستحکم دانسته است؛ زیرا دلیلی وجود ندارد؛ که عقد باطل است. (السرائر، ٢/ ٣٢٨) به بـاور ابوحنیفه و شیبانی، نهی در معاملات، نه تنها دلالت بر فساد ندارد، بلکـه دال بـر صـحت دارد، چراکه نهی، زمانی صحیح است؛ که مکلف قدرت ایجاد متعلق نهـی را داشـته باشـد. (میـرزای قمی، القوانین المحکمة، ١/ ٣٧٦). صاحب جواهر از طریق اخبار به ملازمـه حرمـت بـا فسـاد عقد قائل است (نجفی، جواهر الکلام، ٢٢/ ١١). محقق خراسانی، نهی از اعمال حقوقی را سـه قسم نموده است: نخست، نهی به سبب (صیغه معامله یا فعـل مـادی) تعلـق گیـرد، ماننـد بیـع هنگام نماز جمعه. مورد دوم، اینست که نهی به مسبب (نقل و انتقال) تعلق گیرد؛ مانند نهـی از تملیک قرآن به کافر مورد سوم، اینست که نهی بـه تسـبیب تعلـق گیـرد؛ یعنـی تنهـا از سـبب خاصی مالک شدن نهی گردیده است؛ مانند نهی تملیک از طریق بیع ربوی که تفاضل و زیادی از طریق معامله ربوی حرام است، ولی از سایر اسباب مثل هبه می‌توان این زیادی را منتقل کرد (ایروانی، باقر، کفایة الأصول فی اسلوبها الثانی، ٣/ ١٣٥). از نظر محقق خراسـانی، اگـر احـراز شود؛ که نهی دال بر حرمت تکلیفی است و به مورد دوم و سوم از موارد فوق بخـورد، معاملـه

صحیح است و معامله تنها حرمت تکلیفی دارد؛ چرا که برای صحت تعلق نهی بر آن دو ایجاب می‌کند، مکلف قدرت بر ایجاد متعلّق آن دو را داشته باشد و زمانی قدرت خواهد داشت که بتواند معامله‌ی صحیح را انجام دهد (همان).

اکنون به مساله اصلی تحقیق، باز می‌گردیم؛ که تحلیل حقوقی حرمت، در معاملات ممنوعه؛ چگونه است؟ ابوحنیفه و شیبانی از عامه؛ فخر المحققین و محقق خراسانی از امامیه، نهی از مسبب و تسبیب را دال بر صحت عقد دانسته‌اند، (آخوند خراسانی، كفاية الأصول (طبع آل البیت)، ۱۸۹) اما این نظر، به هیچ وجه با مصادیق آن، در فقه انطباق نمی‌یابد. برای مثال؛ بیع ربوی که مورد نهی قرار گرفته است و نهی تحریمی بیع ربوی از مصادیق نهی از تسبیب است، پس بر طبق نظر ابوحنیفه و دیگران بایستی بیع ربوی صحیح باشد، در صورتی که هیچ فقیهی بیع ربوی را صحیح نمی‌داند و به اجماع و نص بیع ربوی باطل است.

مسأله آنگاه گِل آلوده و گیج کننده‌تر می‌شود که؛ بدانیم ابوحنیفه و دیگران، دلیلی خود را عقلی و برهانی دانسته‌اند و خاصیت ادله عقلیه، تخصیص ناپذیر بودن آن‌ها است. از طرفی ارشادی دانستن حرمت، در بیع ربوی به معنای اینست؛ که معامله حرمت تکلیفی ندارد و در گذشته ذکر شد؛ که حرمت تکلیفی ربا و امثال آن، امری قطعی است. اگر فرض سوم را مطرح گردد؛ که نهی از بیع ربوی، دلالت بر حرمت تکلیفی و حرمت وضعی (فساد عقد) با هم می‌نماید، در افق این فرض، اشکال عقلی پیش می‌آید؛ که زمانی نهی مولوی صحیح است که ایجاد متعلق آن، تحت قدرت مکلف باشد و لازمه حرمت مولوی، صحت عقد است. لذا همزمان نمی‌تواند دلالت بر حرمت مولوی و ارشاد به فساد داشته باشد. روشن است که تفصیل محقق خراسانی؛ هر چند سعی مشکوری است، اما کبرای عقلی که نهی از معامله فی الجمله (منظور نهی از مسبب و تسبیب است نه سبب) دلالت بر صحت می‌کند؛ نه تنها گره از مشکل نمی‌گشاید؛ بلکه گره کور مساله را محکم‌تر کرده است؛ و مشکل را دشوارتر نموده است. تأمل در نتایج این راه، نشان می‌دهد؛ که راه خروج محقق خراسانی، بن بست است و بایست بدنبال راه جدیدی بود، آیت الله بروجردی تقسیمی مشابه آخوند خراسانی ارائه نموده است.

بیان مطلب ایشان با استمداد از تبیین دکترجعفری لنگرودی اینست که در معامله سه موازنه موجود است: الف- موازنه در تملیک در برابر تملیک، ب- موازنه در ارزش عوضین، ج- موازنه در تسلیم عوضین. فقیه و حقوقدان که عنایت به ماهیت عقود دارند؛ به دو موازنه اول و

دوم توجه بیش‌تری می‌نماید، به‌ویژه به موازنه اول؛ اما اهـل معاملـه و سـوداء، وقتـی کـه وارد معامله می‌شوند؛ به عکس فقیهان و حقوقدانان به موازنه سوم می‌اندیشند. آنان به طـور ضـمنی موازنه اول را در آیینه موازنه سوم مشاهده می‌نمایند. تعریف اهل بـازار از معاملـه اینسـت کـه جنس را به مشتری داده؛ پول آن را بگیرم! (جعفـری لنگـرودی، تئـوری موازنـه، ٥٥) بنـابراین عرف معامله را برای آثار خارجی، سروسامان می‌دهد و الفاظ معاملـه و ملکیـت حاصـل از آن؛ تنها سازوکارهایی برای دستیابی به کالا و تصـرف در آن اسـت و در نتیجـه در هنگـام نهـی از اسباب و مسببات ذهن عرف جز به سوی نهی از ترتیب آثار معامله انصراف پیدا نمی‌کند. چـرا که اسباب و مسببات در نزد توده مردم فاقد ارزش مسـتقل اسـت؛ تـا اینکـه بـه حسـن وقـبح متصف گردد. در نهی از ازدواج با مادرزن، آنچه به ذهن تبادر می‌کنـد؛ حرمـت آثـار زوجیـت است. زوجیت مقصود بالذات از نکاح است، نه اینکه ایجاب و قبول و یا زوجیت با قطـع نظـر از آثار زوجیت حرام باشد. روشن است که بر اساس دیدگاه آیت الله بروجـردی نهـی موجـب فساد است (منتظری، نهایة الأصول، ۲۸۸).

امام خمینی نیز همین طریق آیت الله بروجردی را پیموده‌اند، ایشان می‌فرماید: «نوع مـردم، معاملات خود را به قصد ترتیب اثر، سرو سامان می‌دهند؛ اگر از ناحیه قانون‌گذار، گونه خاصی از معاملات نهی گردد، اذهان به این سَمت اِنصراف یافته که انعقاد عمل حقوقی مزبور بـه ایـن کیفیت، فاقد اثر است و نهی شارع به منظور ارشاد به فساد، چنین معامله‌ای صادر شـده اسـت» (مناهج الوصول، ۲/ ۱۵۸-۱۷۱).

توضیح اینکه؛ اگر نهی شارع به فعـل مـادی یـا فیزیکـی، مثـل غصـب تعلـق گیـرد، مـراد بازداشتن از آن فعل یا حرمت تکلیفی است؛ اما اگر نهی شـارع بـه اسـباب و هیـات اعتبـاری، مرکب از اجزاء و شرایط تعلق گیرد، ارشاد به فسـاد اسـت و عقـاب نـدارد. نهـی ارشـادی یـا حرمت وضعی به این معنا است که ماهیت و خاصیت آن چیزی جز اِخبار، راهنمایی و توصـیه نیست و به طرفین معامله هشدار می‌دهد؛ که اگر اینچنین معامله‌ای انجـام گیـرد؛ از نظـر شـرع گویا؛ عمل حقوقی صورت نگرفته است.

استدلال دوم امام خمینی در ارشاد به فساد، چنین است کـه در حرمـت معـاملات ممنوعـه «نهی در حرمت سبب (الفاظ بیع) ظهور ندارد، زیرا اسباب (الفاظ بیع ربوی) تنها وسیله تحقـق مسبّبات (نقل و انتقال) هستند و خودشان نفسیت و موضوعیت ندارند؛ تا نهی مولی به آن تعلق گیرد و به نظر نمی‌رسد که؛ نهی و حرمت به تلفظ الفاظ -مثل الفاظ بیع ربـوی- تعلـق گیـرد.

مسبب –نقل و انتقال–هم اعتبار شرعی و عقلائی است و تعلق نهی و حرمت به آن معنـا نـدارد [چرا که نقل و انتقال در اختیار مکلف نیست.] همچنین تعلق نهی به آثاری که بـر آن مسـببات مترتب می‌شود، بعید است؛ زیرا اگر سبب تایید خود را دارد، نهـی از آثـار معنـا نـدارد و اگـر سبب مورد نظر فاقد اثر است، در این صورت آثار مورد نظر مترتب نمی‌شود و لـذا نهـی از آن بی معناست، یعنی خود به خود تصرّف در مال مورد نظر، تصرف در مال غیر می‌شـود و وطـی هم وطی اجنبیه می‌شود؛ بنابراین باید آن را به ارشاد به فساد و عدم وقوع معامله حمل نمـود و اینکه نهی و بازداشتن از ایقاع معامله، به خاطر عدم وقـوع اسـت» (منـاهج الوصـول، ۲/ ۱۵۸– ۱۷۱)

لذا با این پاسخ، پرسش اصلی که آیا نهی تحریمی از معامله‌ای اقتضای فساد یـا صـحت را دارد؟ همچنان بی جواب، باقی است. درک راز معمای این مسأله تماما به درک موضوع حرمت معاملات ممنوعه بستگی دارد.

موضوع‌شناسی حرمت اعمال حقوقی ممنوعه

در مبحث پیش، آمد که حرمت به دو قسم تکلیفـی و وضـعی تقسـیم مـی‌گـردد؛ حرمـت تکلیفی عقاب دارد، ولی حرمت وضعی معنای آن بطلان معامله است. آن گونه که فقها تقسـیم کرده‌اند؛ گاهی اوقات معامله صرفا حرمت تکلیفی دارد؛ مثل بیع هنگام نماز جمعه.[۲] ایـن مثـال برخی کتب است. (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۲۸)، اما بـا قـدری تسـامح همـراه اسـت، بـدین خاطر که اگر فرض شود که در هنگام، حرکت بـه نمـاز جمعـه، معاملـه نماینـد، معاملـه هـیچ حرمتی ندارد و غرض شارع که شتاب به ذکر الله محقق است. در حقیقت معاملـه موضـوعیت ندارد و حرمت به اعتبار فعل «بازدارنده» از نماز جمعـه اسـت. (ر.ک: منتظـری، دراسـات فـی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۵۹). حالت دیگر اینست که؛ صرفا حرمت وضعی وجـود دارد؛ ماننـد خرید و فروش اشیائی که انتفاع عقلائی ندارد؛ یا اعیان نجسه غیر از شراب، مثـل حشـرات یـا ادرار و مدفوع. قسم سوم اینست که؛ حرمت وضعی و تکلیفی باهمدیگر وجود دارنـد، خـویی به بیع غرری مثال زده (همان)، در صورتی که این مثال ایشان نیز خالی از نقـاش نیسـت، مثـال بارز این معامله بیع ربوی است، محل نزاع در این قسم سوم است.

---

[۲]ـ که قرآن می‌فرماید: «یا أَیهَا الَّذینَ آمَنُوا إِذا نُودی للصَّلاة منْ یوْمِ الْجُمُعَة فَاسْعَوْا إِلی ذکرِ اللَّه وَ ذَرُوا الْبَیعَ ذلکمْ خَیرٌ لَکمْ إِنْ کنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (الجمعة: ۹ – ۱۱) هَان ای کَسانی کَه ایمان آوَرَدید هنگامی کَه در روزَ جَمَعَه برایَ نماز جمعه اَذان داده می‌شَود به سوی ذکر خدا بشتابید و دادوستد را رها کنید، اگر بفهمید این برای شما بهتر است.

پرسش اصلی اینست که در فرض بطلان معامله؛ متعلق حرمت استقلالی چیست؟ حرمت اکل مال به باطل حرمتی است که در کلیه معاملات باطل وجود دارد؛ چرا که مال انتقال نیافته است و تصرف فیزیکی در آن مال تصرف در مال دیگری است. ولی حرمتی که در اعمال حقوقی حرام مطرح می‌شود؛ غیر از حرمت تصرف در مال دیگری است. از نصوص برمی آید که معاملاتی مانند ربا علاوه بر حرمت تصرف در مال غیر، حرمت تکلیفی استقلالی دارد.

معامله ربوی و خرید و فروش خمر واجد حرمت تکلیفی و وضعی است. دقیقا محل اشکال در اینگونه معاملاتی که حرمت تکلیفی و وضعی تلاقی کرده است، می‌باشد، پرسش اینست؛ که اینگونه معاملات، طبق نصوصی که ذکر شد؛ حرمت استقلالی دارد و با تعابیری به شدت عتاب آلود، خطاب به مکلف می‌گوید، حرام است؛ از طرفی نقل و انتقالی صورت نگرفته است و صرف تصرف در مال غیر این همه گناه ندارد، در این میان مشکل یا پرسش اصلی اینکه متعلق حرام کجاست؟ به تعبیری شتر حرمت در کجا بار نهاده است؟ غرض این نگاشته اینست، مشخص گردد موضوع حرمت در اینگونه معاملات و تحلیل صحیح حرمت معاملات ممنوعه چیست؟

اشکال قابل توجه

در شکل‌گیری معامله اموری وجود دارد: نخست، امر قلبی (تراضی) است. دوم، عقد سببی، قول یا فعلی است که با قصد انشاء صادر می‌شود. سوم، مسبب (نقل و انتقال) ملکیتی است که در عالم اعتبار به قصد جد منتقل گشته است. چهارم، اعتبار عقلاء و عرف به آنچه که متعاملین اعتبار می‌کنند. پنجم: تحویل دادن عوضین و تسلیم و تسلم ششم، قصد ترتب مسبب و قصد ترتب آثار متحقق در قلب متعاقدین. هفتم، تصرفات بعد از انعقاد معامله. (منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ۱۶۱) به بیان دیگر موضوع حرمت تکلیفی چیست؟

شیخ انصاری در عبارتی کوتاه به موضوع حرمت معاملات ممنوعه پرداخته است. «معنی حرمة الاکتساب حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتّب الأثر و أمّا حرمة أکل المال فی مقابلها، فهو متفرّع علی فساد البیع؛ لأنّه مال الغیر وقع فی یده بلا سبب شرعی و إن قلنا بعدم التحریم؛ لأنّ ظاهر أدلّة تحریم بیع مثل الخمر منصرف إلی ما لو أراد ترتیب الآثار المحرّمة، أمّا لو قصد الأثر المحلّل فلا دلیل علی تحریم المعاملةإلّا من حیث التشریع» (شیخ الأنصاری، المکاسب، ۱/ ۱۳). از دیدگاه شیخ اعظم موضوع حرمت در معاملات ممنوعه، نقل و انتقال به قصد ترتب آثار

حرام است (همان). شارحان سه احتمال بدوی در کلام شیخ ذکر نموده‌اند: نخست اینکه؛ منظور شیخ از نقل و انتقال، انشاء نقل وانتقال باشد؛ یعنی الفاظ سبب باشد اما حقیقت مسببی که از آن حاصل می‌شود حرام است. (ایروانی، حاشیة المکاسب ۱/ ۳) به بیان دیگر حرمت به حقیقت نقل و انتقال از باب اینکه اراده سبب اراده مسبب است، تعلق می‌گیرد. احتمال دیگر اینکه نتیجه انشاء مراد باشد؛ یعنی عقد صحیح است و انتقال واقعی حاصل شده است، منتها این انتقال حرام بوده است. به این مورد نقل و انتقال مسببی گویند؛ یعنی آن انشائی که با قصد حاصل شده است. احتمال سوم اینکه تحویل عوضین و تسلیم و تسلم حرام است. (شیرازی، حاشیة المکاسب، ۱/ ۹).

از میان این سه احتمال؛ ظاهر سخن شیخ بیشتر بر احتمال دوم است؛ مراد از نقل و انتقال به قصد اثر است. همان نتیجه انشاء. لذا متعلق حرمت انشاء نقل و انتقال است؛ حتی اگر تسلیم و تسلم نیز نباشد؛ همان کاری که در معاملات صحیحه انجام می‌شود؛ در اینجا نیز همین طور است. ظاهر عبارت شیخ این است؛ البته احتمال دیگرکه انشاء باشد، نیز در عبارت شیخ دور از ذهن نیست؛ که در صورت صحت آن، دیگران هم سخن نو و تازه‌ای نگفته‌اند.

بالاخره عناصر تعریف مورد نظر شیخ انصاری عبارت‌اند از:

اول قصد ترتب آثار حرام باشد، پس خرید و فروش خمر برای استفاده در صنعت اشکال ندارد؛ چراکه دلیل حرمت تکلیفی معاملات ممنوعه؛ منصرف به جایی است که به قصد ترتیب آثار حرام باشد و در صورتی که قصد حلال کند، معامله فاسد است، اما حرمت تکلیفی وجود ندارد.

عنصر دوم حرمت خود معامله است و نه حرمت تصرف در مال دیگری. چرا که حرمت تصرف در مال دیگری در تمام معاملات فاسده وجود دارد و نتیجه فساد معامله و عدم انتقال است؛ بحثی که معرکه آراء است، حرمت استقلالی نفس معامله است که این حرمت غیر از حرمت تصرف در مال دیگری است.

عنصر سوم اینکه در صورتی که قصد ترتب آثار حلال را کند، معامله حرمت تکلیفی ندارد، ولی معامله فاسد است، منتها حرمت تکلیفی دیگری از باب تشریع به آن تعلق می‌گیرد.

اشکال به عناصر تعریف شیخ انصاری

محقق ایروانی و به تبع وی؛ آقای خویی در عنصر نخست؛ یعنی «قصد» نقاش نموده‌اند.

اشکال ایشان اینست که؛ ادله اطلاق دارد و قصد ترتب آثـار حـرام، در ادلـه نیسـت. (ایروانـی، حاشیة المکاسب، ۱/ ۳؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۲۹)؛ مثلا در روایت نهـی از فـروش خمـر، امام علیه السلام می‌فرماید: «لعن الله البائع و المشتری.» حتی اگر شراب بـرای اسـتفاده صـنعتی نیز استفاده گردد، اطلاق دلیل همچنان محکّم است. از منظر محقق ایروانی و خـویی انصـراف مورد ادعا، قابل تردید است و لازمه اینگونه انصـراف‌هـا تاسـیس فقـه جدیـد اسـت. (همـان) توضیح افزون اینکه؛ انصراف و اطلاق از مفاهمه عرف فهمیده می‌شود؛ اگر دلیـل بـه گونـه‌ای باشد؛ که قید ناگفته چون گفته است؛ به اصطلاح المقدر کالمذکور باشد، در این صـورت ایـن قید لبی حجت است؛ پس به صرف اینکه چیزی به ذهن خطور کند؛ حجت نمی‌باشـد. بعـد از رد انصراف خویی اشکال را تنها زمانی وارد می‌داند که حرمت معاملات محرمه را از باب ادلـه اختصاصی بدانیم اما اگر حرمت از جهت اعانت بر اثم یا حرمت مقدمه حرام باشد، قیـد قصـد امری معقول و صحیح است (همان).

منتظری اشکال دیگری می‌گیرد؛ اشکال ایشان اینست که؛ شیخ قائل به بطلان معامله است و فساد معامله از کلام شیخ که قائل به حرمت تشریعی شد، دانسـته مـی‌شـود؛ چـرا کـه حرمـت تشریعی تنها در فرض فساد معامله پیش می‌آید. با این حال سخن شیخ، مستلزم پیامـدی اسـت که؛ خود شیخ آن را گردن نمی‌نهد. چرا که با رفتن حکم تکلیفی، لازمـه آن اینسـت کـه حکـم وضعی فساد نیز برود؛ زیرا که اولا بر مبنای شیخ، حکم وضعی، تنهـا از حکـم تکلیفـی انتـزاع می‌شود و فرع زائد بر اصل متصور نیست و ثانیا اگر ادله انصراف بـه قصـد ترتـب آثـار حـرام دارد، همین سخن در حکم وضعی فساد نیز هست (منتظری، دراسات فی المکاسـب المحرمـة، ۱/ ۱۶۱)؛ بنابراین از دیدگاه منتظری تفکیـک شـیخ، بـرای میخکـوب شـدن حکـم وضـعی و برداشته شدن حکم تکلیفی، صحیح نیست؛ بنابراین اگر قصد حرام را لازم می دانیم، بهتر است مثل برخی از فقیهان معاصر، مبنایی یکدست اتخاذ نموده و در صورتی که متعاملین قصد حرام نداشته باشند، حکم به حلیت و صحت نموده و قائل به عدم حرمت تشریعی و صحت معاملـه شویم.

اشکال سوم به شیخ اینست که؛ در افق فرض شیخ انصاری، اشکال عقلی ابوحنیفه و شیبانی و محقق خراسانی زنده می‌گردد؛ به این بیان که اگر آنچه متعلق حرمت است، حقیقـت نقـل و انتقال باشد، معلوم می‌گردد که؛ معامله در اختیار مکلف است و مکلف قـدرت برنقـل و انتقـال در معاملات حرام را دارد. با اینکه فقها، تسالم دارندکه معاملات حرام، بی تردید فاسـد اسـت؛

پس حرکت در فرض شیخ انصاری از دیدگاه روشی؛ به سیرمنطقی و منضبط فقهی آسیب مـی زند و قابل دفاع نیست، لذا بایستی موضوع معاملات حرام را آنگونه تصویر نمود؛ کـه سـازگار با فساد معامله باشد.

اشکال چهارم اینکه؛ شیخ در جای دیگر؛ قائل به حرمت بیع صلیب، بت و آلات قمار حتی بدون قصد است و ایشان فروش سلاح به دشمنان دین را مطلقا در زمان جنگ حرام مـی‌دانـد، هر چند بایع قصد تقویت کفار بر علیه مسلمین را نداشته باشد. (روحـانی، منهـاج الفقاهـة، ۱/ ۲۱).

قول دوم: بیان میرزای نایینی نیز تنقیح و تنزیه کلام شیخ اسـت. ایشـان مـی‌نویسـد آن کـه موضوع معاملات حرام است، تبدیل مال است و انشاء لفظی حرام نیست، قصد هـم امـر قلبـی است وحرمت به آن تعلق نمی‌گیرد؛ (نائینی، المکاسب و البیع، ۱/ ۵)

اگر گفته شود؛ حرمت برای ترتیـب آثـار و تصـرف مالکانـه، اعـم از تصـرفات فیزیکـی و حقوقی است؛ باز هم اشکال آن اینست که؛ این حرمت تصـرف مالکانـه، از آثـار فسـاد معاملـه است؛ معامله وقتی باطل است، عوضین به ملکیت طرفین در نمی‌آید؛ تصرف آن‌ها در عوضین، تصرف در مال دیگری است و به این جهت حرام اسـت کـه تصـرف در مـال دیگـری، بـدون رضایت است و حرمت اینجا با حرمت معاملات ممنوعه‌ای که نصوص شـرع دلالـت برکثـرت مبالغه حرام و خلق یک عنوان تازه است، فرق دارد. حرمـت معـاملات حـرام، غیـر از حرمـت تصرف در مال دیگری است چرا که حرمت تصرف در مال دیگری، پدیـده مجرمانـه جدیـدی نیست که چنین مبالغه در حرمت و سنگین بودن عقاب داشته باشد.

قول سوم نظر مختار امام خمینی

امام خمینی در تحقق موضوع حرمت تکلیفی عناصری را لازم می‌داند. نخست اینکه؛ فعـل خارجی باشد؛ و امر قلبی نباشد؛ تا اینکه مندرج در موضوع علم فقه یعنی فعـل مکلـف شـود. دوم اینکه در تحت قدرت و اختیار مکلف باشد. لذا قادر نیست که؛ نقل و انتقـال و یـا تبـدیل مال باشد، این امور در دست شـارع اسـت نـه مکلـف! (خمینـی، المکاسـب المحرمـة، ۱/ ۵)؛ بنابراین از دیدگاه امام خمینی موضوع حرمت معاملات ممنوعه، انشاء به پشتوانه قصـد اسـت. به گونه ای که قصد در رتبه، علت انشاء باشد؛ یعنی انشائی که؛ جدی و واقعی باشـد. (همـان، ۵-٦؛ همچنین ر.ک: منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمة، ۱/ ١٦٨).

قول چهارم دیدگاه آیت الله خویی

به نظر مشهور فقها چیستی انشاء، همان ایجاد است، به معنای اینکه با انشاء صیغه زوجیت، علقه زوجیت در عالم اعتبار ایجاد گشته است و با تکلم لفظ «اضرب»؛ گویی طلبی در عالم اعتبار، ایجاد گردیده است؛ بنابراین به وسیله لفظ، انشاء ایجاد می‌شود؛ برخلاف جمله خبریه که اخبار، از ثبوت نسبتی در خارج است. دیدگاه اصولی محقق خویی در این مجال، با دیگران مخالف است، به باور وی، اخبار و انشاء، حاکی از ثبوت نسبت یا ایجاد امری درخارج نیست، متکلم زمانی که جمله اخباری «ضرب زید عمرا» را تلفظ می‌نماید، به معنای آنست که متکلم به مخاطب بفهماند؛ که گوینده عالم به این ماجرا است. چون الفاظ وضع شده است، برای اینکه انسان باطن خودش را ابراز کند؛ قصدی در نهان متکلم پنهان است؛ می‌خواهد این قصد ناپیدا را به مخاطب اعلام نماید (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰). در مطول آمده است که؛ فائده خبر و لازم فائده خبر؛ که همان ثبوت نسبت در خارج است، لازم فائده خبر اینست که؛ گوینده می‌خواهد، با ادای الفاظ، مخاطب بداند که گوینده علم به آن واقعه دارد. محور استدلال رئیس مدرسه نجف نیز اینست که؛ موضوع له جمله خبریه، لازم فایده خبر است. دلیل ایشان اینست که؛ الفاظ برای حکایت مافی الضمیر است.

انشاء نیز به‌مثابه اخبار است. معنای جمله «اکرم العلماء» اینست که مخاطب دریابد؛ در باطن گوینده قصدی است که علماء اکرام شوند و این فعل به عهده اوست. صیغه‌ی نکاح نیز اینچنین است، مراد ایجاد علقه زوجیت نیست، بلکه معنای انشاء زوجیت آنست که مخاطب بداند، گوینده در مافی الضمیر خود اعتبار کرده است؛ همسر مخاطب باشد. نکته شایان توجه اینکه شارع و عقلاء، اعتبار نهان را منشا اثر ندانسته است؛ سرّ درون و رضایت نهان بایسته است که آشکارا ابراز و اعلان گردد. بدین جهت، ما فی الضمیر گوینده با نشانه‌اش که لفظ است، به طور مرکب نکاح یا بیع نامیده می‌شود و طلب مجموع قصد و انشاء است؛ بنابراین انشاء قصدی است که به بیرون تراوش کند. این ابراز با قصد نهان، انشاء است.

در نتیجه موضوع حرمت معاملات ممنوعه از دیدگاه خویی، همان انشائی است که حاکی از قصد متعاملین است. استدلال ایشان اینست که؛ معامله انشاء صِرف نیست، چرا که لازم می‌آید؛ معامله، با الفاظ فاقد قصد نیز؛ محقق گردد و همچنین معامله، مجرد اعتبار نفسانی نیست. چرا که قصد خالی معامله، نامیده نمی‌شود، بلکه حقیقت معامله، مجموع مرکب از اعتبار نفسانی، به همراه مبرز خارجی آن است (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰).

مقایسه دیدگاه امام خمینی و آقای خویی

با ذکر موضوع حرمت معاملات ممنوعه؛ امکان سنجش، برای خواننده محترم فراهم است. گفتیم که در دیدگاه امام خمینی موضوع مذکور؛ همان معامله‌ی عقلائی است که فعل مکلف می‌باشد، یعنی انشائی که از قصد مکلف برخاسته است و قصد در حقیقت، علت معامله است، علت جزء اجزاء و هم رتبه انشاء نیست، بلکه پشتوانه و زمینه‌ساز انشاء است؛ اما به باور خویی، موضوع حرمت معاملات ممنوعه، مرکب از دو جزء قصد و مبرز خارجی، به صورت مرکب است. از این جهت، نظر امام خمینی به نظر دقیق‌تر است.

تا کنون فهمیدیم که؛ نهی از معامله به سه گونه ارشادی، مولوی و تشریعی ممکن است. محل نزاع در این بحث صورت دوم نهی مولوی است. صورت دوم نیز، خود به دو قسم است. گاهی نهی از آثار معامله و تصرف در ثمن و مثمن است و گاهی نهی از پیکره معامله، یا عنوانی که معامله با آن همراه می‌گردد. شکی نیست، قسم اول از نهی مولوی؛ حکایت از فساد معامله می‌کند؛ چراکه بی‌تردید تصرف در ثمن و مثمن، از آثاری است که از صحت معامله قابل انفکاک نیست؛ بنابراین نهی از تصرف در ثمن و مثمن معادل با نهی از صحت معامله است و مال بر ملکیت مالک قبلی، باقی است. (منتظری، نهایة الاصول، ۲۸۷) اما قسم دوم نهی مولوی که نهی تحریمی متعلق به پیکر معامله است، گاهی این نهی به اعتباری نفسانی است که قائم به متعاملین است و گاهی متعلق به مبرز خارجی است که از متعاملین صادر می‌گردد. توضیح آن اینست که در نهی مولوی از پیکر معامله، چهار عنصر موجود است.

عنصر اول: اعتبار ملکیتی که مستند به طرفین عقد است.

عنصر دوم: اعتبار ملکیتی که مستند به اعتبار عقلاء است.

عنصر سوم: اعتباری که مستند به شارع مقدس است.

عنصر چهارم: اظهار اعتبار نفسانی با مظهر خارجی اعم از لفظ یا فعل.

عنصر سوم، خارج از بحث است؛ از آنجا که اعتباری است که مستند به شارع است، این اعتبار قابلیت نهی ندارد؛ زیرا این امر از امور اختیاری شارع است و از قدرت مکلف خارج است؛ به علاوه اینکه؛ اگر این اعتبار مغبوض شارع بود، چرا آن را به وجود آورد (روحانی، منهاج الفقاهة، ۱/ ۲۱).

پس باید به سراغ عنصر دوم رفت؛ اعتبار مستند به عقلاء که از آن تعبیر به مسبب عرفی یا امضای عقلاء می‌کنند، این نیز قابل نهی نیست، چراکه اعتبار نهی به آن، خارج از حیطه قدرت

طرفین معامله است. نکته دیگر اینست که؛ در اینجا قدرت بر سبب، قدرت بر مسبب نیست؛ چون طرفین معامله بیع ربوی نیز نکنند، عقلاء دست از اعتبار خود بر نمی‌دارند. با ابطال این فرض، خطای سخن محقق نائینی اینجا روشن گشت؛ زیرا ایشان به این باور است که؛ متعلق نهی تنها مسبب خارجی است (همان).

دو عنصر باقی می‌مانده است؛ عنصراول و عنصر چهارم؛ عنصر اول اینکه نهی اعتبارِ مستند به طرفین عقد است؛ عنصر چهارم نیز نهی از آنچه که مبرز و مظهر خارجی است و بر هر یک از این دو اعتبار، نهی دال بر فساد نیست، آنچنان که دال بر صحت نیز نمی‌باشد. بنابر اعتبار اینکه نهی به مبرز خارجی تعلق گرفته باشد؛ روشن است که حرمت ندارد، چراکه نهی از انشاء است و در گذشته به نقل از محقق خراسانی ذکر گردید که نهی از انشاء، به هیچ وجه دلالتی بر صحت یا فساد ندارد. (همان)

بنا بر عنصر اول؛ که تعلق نهی بر اعتبار نفسانی طرفین عقد باشد؛ دو وجه برای فسادگفته شده است؛ که هیچ کدام از آن دو؛ به نظر صحیح نمی‌رسد. وجه اول، مبنای محقق نائینی است وآن اینست که در صحت معامله اعتبارهای سه‌گانه‌ای لازم است؛ اول؛ اینکه متعاملین مالک عین یا در حکم مالک باشند؛ دوم اینست که؛ طرفین عقد، محجور از تصرف نباشند، از آن جهت که حق غیر به آن تعلق گرفته است، یا از این جهت که اسباب حجر عارض گشته است تا برای متعاملین سلطنت فعلیه بر مال وجود داشته باشد. سوم اینکه، معامله با سبب قولی یا فعلی وجود پیدا کند.

زمانی که نهی به مسبب تعلق گیرد، یعنی به آن اعتبار نفسانی یا به عبارت دیگر؛ به آن ملکیتی که انشاء شده است، مانند زمانی که نهی شده است؛ از اینکه قرآن را به کافر بفروشیم، نهی شارع، عاجز کننده مکلف، از انجام سلطه بر انجام آن، فعل است و سلطنت مکلف بر این فعل را بر می‌دارد. به اعتقاد نائینی از شرایط صحت معامله، سلطه فعلیه، بر تصرف در عین است و نهی مولی موجب از بین رفتن، سلطنت شخص، در تصرف عین می‌شود، پس معامله باطل است. اشکال این سخن اینست که؛ اولا ایشان گمان کرده است که؛ سلطنت شرعیه فعلی، شرط صحت معامله است و همواره بایستی در معاملات باشد، در صورت نبودن فساد بر معامله عارض می‌گردد. سلطنت وضعیه متعاقدین بر نقل و انتقال؛ امری بدیهی است؛ اما اینکه این نهی موجب برای سلب این سلطه شود، این سخن تازه اول کلام است. به طور کلی حرمت تنها سلطنت وضعی را بر نمی‌دارد. چرا که تنافی بین حرمت و صحت معامله وجود ندارد.

وجه دوم؛ روایات نکاح عبد، بدون اذن مولا است که مفاد آن صحت عقد نکاح، بعد از اجازه مولا است و در این روایات تعلیلی ذکر گردیده است که؛ عبد مذکور، خداوند را معصیت نکرده است؛ بلکه مولای خود را عصیان نموده است. وجه استدلال اینست که؛ چهار احتمال در مراد از عصیان متصور است:

اول اینکه؛ مراد از عصیان در هر دو فقره حدیث عصیان وضعی باشد. دوم اینکه؛ مراد از عصیان در دو فقره تکلیفی است. سوم اینکه؛ مراد از عصیان در فقره اول تکلیفی باشد؛ اما مراد از عصیان در فقره دوم وضعی است.

چهارم اینکه؛ عکس صورت قبلی است. (روحانی، منهاج الفقاهة، ۱/ ۲۱).

دو احتمال اخیر به خاطر عدم تناسب با وحدت سیاق صحیح نیست. دو احتمال اول باقی می‌ماند و ظاهر اینست که مراد از عصیان همان احتمال اول؛ یعنی حرمت وضعی است؛ و این به خاطر دو وجه است. اول اینست که انشاء بیع و تزویج تصرف عرفی نیست؛ تا اینکه حرام باشد و لذا انشاء بیع عبد برای دیگران به اجازه مولای عبد بستگی ندارد. دوم اینست که؛ معصیت مولا شرعا حرام است و معصیت مولا مثل معصیت خداوند متعال است. پس چگونه متصور است که؛ فعلی معصیت مولا باشد؛ اما معصیت خداوند نباشد؛ بنابراین مراد از معصیت مولی معصیت وضعی است؛ یعنی نکاح عبد غیر نافذ می‌باشد. خلاصه اینکه نکاح باطل نیست؛ بلکه با اجازه مولا نافذ است و صحت آن در حدوث و بقاء به رضایت مولا بستگی دارد. موید آنچه ذکر شد؛ اینست که؛ مراد از عصیان در دو فقره حدیث معصیت وضعی است؛ تمثیل امام علیه السلام است، در صحیحه دوم به نکاح در زمان عده و آنچه شبه آن است. خلاصه اینکه دلیلی بر اینکه نهی تحریمی دال بر فساد است؛ وجود ندارد. (همان)

و از آنچه خاطر نشان شد؛ روشن است که نهی از مسبب؛ آنچنان که کاشف از فساد عقد نیست؛ حاکی از صحت نیز نمی‌باشد؛ چراکه به دو وجه بر صحت استدلال شده است و که هر دو وجه نیز کاملا مخدوش است؛ اول اینکه؛ نهی از نقل و انتقال صحیح نیست؛ جز در زمانی که امکان ایجاد آن نقل و انتقال برای مکلف وجود داشته باشد، پس زمانی که که از مسبب نهی گردد، بایستی معامله به دلالت التزامی صحیح باشد. (روحانی، منهاج الفقاهة؛ ۱/ ۲۱).

محقق داماد، از فقهای مدرسه قم؛ نهی تحریمی را موجب فساد یا صحت ندانسته است و سرّ معما از نظر ایشان اینست که؛ ملازمه‌ای بین حرمت و فساد معامله نیست؛ چرا که حکم وضعی و تکلیفی دو حکم جداگانه هستند و از طرفی احکام تابع مصالح و مفاسد است و

امکان دارد، مصالح و مفاسد حکم وضعی با حکم تکلیفی هم سو نباشد؛ بنابراین ایرادی نیست که؛ غرض شارع در حکم وضعی به صحت تعلق گیرد و از جهتی حکم تکلیفی حرمت باشد. ایشان پس از این بیان «پاشنه آشیل» نظریه ابوحنیفه و شیبانی را هدف قرار داده است و استدلال آن‌ها را تنها زمانی قابل اتکا می‌داند؛ که امری از امور واقعی باشند؛ نه زمانی که نهی از نقل و انتقال از قبیل امور اعتباری نزد طرفین عقد است (رک: طاهری، المحاضرات؛ ۱/ ۳۷۴).

توضیح افزون اینکه نظر ابوحنیفه و دیگران، تنها زمانی صحیح است که؛ متعلق نهی، اعتبار مستند به شارع باشد و در گذشته نامعقول بودن نهی از اعتبار مستند به شارع اثبات گردید. آنچه فرضی صحیح دانسته شد؛ اینکه متعلق نهی اعتباری است که مستند به طرفین معامله است و این اعتبار در حیطه قدرت متعاملین است، هرچند شارع معامله مذکور را ناصواب قلمداد کند. محقق خویی نیز در نظری مشابه، نهی تحریمی از معامله را باعث فساد عقد ندانسته است (خویی، مصباح الفقاهة، ۱/ ۳۰).

نتیجه‌گیری

نقطه ثقل دانش فقه، حکم است و هر صادره شرعیه، در قالب نهی؛ واجد عقاب اخروی نیست؛ همچنین دانستید؛ که نهی سه قسم مولوی، ارشادی و تشریعی است. عقد از مقوله معناست و قول یا فعل، مبرز آن می‌باشد و حقیقت معامله، همان قصد انشای طرفین عقد است. آنچه در این نگاشته روشن گردید، اینست که آنچه موضوع حرمت در معاملات حرام است، همان تراضی بین طرفین عقد است. به شرط این که تراضی، به‌وسیله قول یا فعل آشکار شود؛ که دیدگاه آیات عظام، بروجردی، خمینی و خویی می‌باشد. از رویکرد روش‌شناسی نیز حرمت معامله، نیاز به دلیلی فراتر از دلیل حرمت خود شیء دارد. بر مبنای برخی فقیهان زمانی که نهی تحریمی به پیکر معامله بخورد؛ معامله از ریشه خراب است و به باور برخی دیگر؛ نهی تحریمی از معامله ملازمه با فساد بیع ندارد. به نظر می‌رسد؛ با توجه به اینکه نهی از معامله و اقتضای فساد بحثی لفظی است؛ و از سویی؛ اگر نهی تحریمی به بدنه جامعه و عرف عرضه گردد؛ اهل بازار که آنان به طور ضمنی موازنه تملیک در برابر تملیک را در آیینه‌ی، موازنه در تسیلم عوضین مشاهده می‌نمایند؛ نهی از انشاء را در حقیقت نهی، از آثار معامله می‌دانند؛ و معامله را ریشه خراب می‌شمرند؛ بنابراین نظر بروجردی و امام خمینی که با ادله معتبر خویش؛ نهی از معاملات را حاکی از فساد دانسته‌اند؛ معتبر و مورد تایید است. دیدگاه محقق داماد و

خویی نیز هرچند، نظری به جد استوار و منطقی می‌باشد، اما چون تحلیـل آنهـا انـدکی دور از مناسبات عرفی جامعه است، به نظر صحیح نمی‌رسد.

منابع

قرآن کریم

ابن ادریس، محمد بن احمـد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قـم – ایـران، دفتـر انتشـارات اسـلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ١٤١٠ ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، ***من لا یحضره الفقیه***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعـه مدرسـین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ١٤١٣ ق.

ابن زهره، حمزة بن علی، ***غنیة النزوع إلی علمی الأصول و الفروع***، در یک جلد، قم – ایران، مؤسسـه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

ابن فارس، احمد بن فارس، ***معجم مقائیس اللغة***، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قـم، ایران، چاپ اول، ١٤٠٤ ق.

ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، ***حاشیة المکاسب*** (للإیروانی)، تهران – ایـران، وزارت فرهنـگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٦ ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، ***کفایه الاصول***، قم، موسسه آل البیت (علـیهم السـلام)، چـاپ اول، ١٤٠٩ ق.

آل‌کاشف‌الغطاء، محمدحسین، ***تحریر المجلة***، نجف اشـرف – عـراق المکتبـة المرتضـویة، چـاپ اول، ١٣٥٩ ق.

بروجردی، حسین، ***نهایة الأصول***، مقرر: شیخ حسین علی منتظری، تهران، چاپ اول، ١٤١٥ ق.

حسینی روحانی، صادق، ***منهاج الفقاهة*** (للروحانی)، قم – ایران، انوار الهدی، چاپ پنجم، ١٤٢٩ ق.

خمینی، روح اللّه، ***المکاسب المحرمة***، قم – ایران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینـی قـدس سـره، چاپ اول، ١٤١٥ ق.

ــــــــــــــ، ***مناهج الوصول إلی علم الأصول***، مقرر: شیخ محمد فاضل لنکرانی، قم، چـاپ اول، ١٤١٥ ق.

خویی، ابو القاسم، ***مصباح الفقاهة*** (المکاسب)، بی‌جا، بی‌تا.

شهید اول، محمد بن مکی، ***القواعد و الفوائد***، قم – ایران، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی‌تا.

ــــــــــــــ، ***اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة***، در یک جلد، بیروت – لبنان، دار التـراث – الدار الإسلامیة، چاپ اول، ١٤١٠ ق.

شیرازی، محمد تقی، ***حاشیة المکاسب*** (للمیرزا الشیرازی)، قم - ایـران، منشـورات الشـریف الرضـی، چاپ اول، ۱٤۱۲ ق.

طباطبایی، محمد بن علی، ***کتاب المناهل***، در یک جلد، قم - ایران، مؤسسـه آل البیـت علـیهم السـلام، چاپ اول، بی‌تا.

طریحی، فخر الدین بن محمد، ***مجمع البحرین***، تهران - ایران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱٤۱٦ ق.

طوسی، محمد بن حسن، ***المبسوط فی فقه الإمامیة***، تهران - ایران، المکتبـة المرتضـویة لإحیـاء الآثـار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.

________________، ***النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی***، در یک جلد، بیروت - لبنان، دار الکتـاب العربی، چاپ دوم، ۱٤۰۰ ق.

علامه حلّی، حسن بن یوسف، ***تذکرة الفقهاء*** (ط - الحدیثـة)، قـم - ایـران، مؤسسـة آل البیـت علـیهم السلام، چاپ اول، ۱٤۱٤ ق.

________________، ***مختلف الشیعة فی أحکـام الشـریعة***، قـم - ایـران، دفتـر انتشـارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱٤۱۳ ق.

________________، ***نهایة الإحکام فی معرفة الأحکام***، قم - ایران، مؤسسة آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱٤۱۹ ق.

محقق داماد، محمد، ***المحاضرات*** (مباحث اصول الفقه) مقـرر: سـید جـلال الـدین طـاهری اصـفهانی، اصفهان، چاپ اول، ۱۳۸۲.

منتظری، حسینعلی، ***دراسات فی المکاسب المحرمه***، انتشارات ارغوان دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۵.

نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ***مستند الشیعة فی أحکام الشریعة***، قم - ایـران، مؤسسـة آل البیـت علیهم السلام، چاپ اول، ۱٤۱٥ ق.